

POLLIANA BLANS LIBÓRIO

**SOLUÇÕES ALTERNATIVAS NEGOCIADAS EM DEFESA
DA CONCORRÊNCIA: ACORDO DE LENIÊNCIA E TERMO
DE COMPROMISSO DE CESSAÇÃO**

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em
Direito do Centro Universitário de Brasília –
UniCEUB.

Orientador: Prof^ª. Neide Malard

BRASÍLIA

2009

Aos meus pais, Gervásio e Dalva pelo investimento, amor, apoio e confiança.

Agradeço, primeiramente, a Deus, parceiro de toda e qualquer hora.

À minha família, participante da minha alegria em concluir este curso de graduação, pelo incentivo transmitido.

Ao meu namorado, Marcos, pelo apoio e amor a mim sempre dispensados.

À minha orientadora, Professora Neide Malard, pela contribuição, atenção, paciência e dedicação prestadas.

E ao meu querido colega de curso, Maurício Moreira, conhecido também por “zero meia”, de fundamental importância nesse período tortuoso de conclusão de curso.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 ACORDO DE LENIÊNCIA.....	11
1.1 Conceito, objetivo e principais requisitos	11
1.2 Requisitos para um acordo de leniência eficaz	18
1.2.1 <i>Previsão de elevadas multas</i>	18
1.2.2 <i>Receio de descoberta</i>	20
1.2.3 <i>Transparência na aplicação das regras</i>	21
1.3 Experiência estrangeira	22
1.3.1 <i>Modelo estadunidense</i>	22
1.3.2 <i>Modelo europeu</i>	24
2 TERMO DE COMPROMISSO DE CESSAÇÃO DE PRÁTICA	29
2.1 Conceito, objetivo e principais requisitos	29
2.2 Experiência internacional.....	32
3 CASOS PARADIGMÁTICOS	36
3.1 O primeiro acordo de leniência celebrado no Brasil.....	36
3.2 O cartel do suco de laranja.....	39
CONCLUSÃO	47
REFERÊNCIAS	51

RESUMO

A monografia tem por objetivo examinar os instrumentos do acordo de leniência e do termo de compromisso de cessação de prática utilizados pelas autoridades da concorrência, para abreviar ou auxiliar as investigações de práticas anticoncorrenciais, sobretudo nos casos de cartel. São apresentadas as características gerais de cada acordo e respectiva regulamentação. O trabalho aborda, também, a experiência de outras jurisdições, onde esses acordos obtiveram maior êxito. Por fim, a monografia apresenta dois casos pioneiros na aplicação de ambos os acordos, discutindo-se as políticas adotadas pelas autoridades da concorrência no Brasil.

Palavras-chave: Direito Concorrencial – Acordo de Leniência – Termo de Compromisso de Cessação – defesa da concorrência – cartel.

INTRODUÇÃO

O fenômeno da globalização foi responsável pela crescente internacionalização das economias nacionais e pela privatização das empresas, acarretando significativos incrementos e transformações nas práticas comerciais.

Neste contexto, a defesa da concorrência passa a ser vista não como um fim em si mesma, mas meio pelo qual se busca criar uma economia eficiente, em que os consumidores disponham da maior variedade de produtos pelos menores preços possíveis.

A globalização dos mercados tem constituído um importante incentivo para que as empresas aumentem a sua produtividade e introduzam novos produtos e serviços, e de qualidade superior. A liberalização do comércio, os avanços tecnológicos e a expansão das economias nacionais fizeram com que a conquista de mercados se tornasse mais acirrada.

Um ambiente de concorrência acirrada pode, sem dúvida, ser favorável à colusão, pois é mais fácil para empresas cooperar do que competir. Foi precisamente esta a percepção que tiveram as autoridades da concorrência mundo afora. Não foi por acaso que as mais diversas jurisdições promoveram reformas em suas leis de defesa da concorrência e passaram a perseguir com rigor os cartéis, sobretudo aqueles de atuação internacional.

Estudos da Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico – OCDE demonstram que os cartéis geram um sobrepreço, causando perdas

anuais de centenas de bilhões de reais aos consumidores.

A dissuasão de condutas colusivas exige a adoção de uma política rigorosa de prevenção e repressão por parte das instituições responsáveis pela defesa da concorrência, além de uma legislação eficaz, capaz de desestruturar as práticas anticompetitivas e incentivar uma concorrência saudável.

O núcleo problemático do tema objeto desta monografia se volta para os instrumentos não-repressivos, utilizados alternativamente pelas autoridades de defesa da concorrência no combate às práticas concertadas.

O estudo aborda os aspectos históricos de criação do acordo de leniência e do termo de compromisso de cessação, as características desses acordos, os princípios básicos que os orienta e os respectivos propósitos, fazendo-se, ainda, uma abordagem dos institutos no contexto internacional.

No primeiro capítulo é analisado o instituto do acordo de leniência, apresentando-se os requisitos que se fazem necessários para que o acordo seja eficaz, traçando-se, por fim, um paralelo entre as experiências internacionais e a recente experiência brasileira.

Já o segundo capítulo é dedicado ao estudo detalhado do termo de compromisso de cessação, com abordagem específica no que tange à alteração da legislação de defesa da concorrência no ano de 2007, que proporcionou a assinatura do compromisso nos

casos em que são investigados cartéis.

No terceiro capítulo são analisados dois casos paradigmáticos julgados pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica, fazendo-se uma breve análise sobre as consequências desses julgamentos para a política de defesa da concorrência.

Insta registrar que a metodologia escolhida para o desenvolvimento desta monografia foi a pesquisa bibliográfica e documental, envolvendo o exame de livros, artigos doutrinários, legislação e, sobretudo, as decisões do CADE relacionadas ao tema proposto.

1 ACORDO DE LENIÊNCIA

1.1 Conceito, objetivo e principais requisitos

O vocábulo *leniência*, para efeitos terminológicos, é um substantivo feminino que significa lenidade, que, por sua vez, quer dizer brandura, suavidade, mansidão.¹ Já o significado da palavra *leniency*, traduzido do inglês para o português, significa indulgência, ao que parece, uma colocação mais apropriada, tendo em vista o instituto da leniência se tratar de uma espécie de acordo de imunidade ou anistia.

Aplicado ao campo do Direito Concorrencial, o instituto da leniência pode ser entendido como “qualquer sanção ou obrigação que seja considerada menos severa que aquela exigida na falta de uma cooperação plena ou voluntária”.² Diante da dificuldade de obtenção de provas de determinadas infrações à ordem econômica, o acordo de leniência possibilita que o integrante de uma eventual prática ilícita componha com o órgão responsável pela repressão dessas infrações, a fim de auxiliá-lo a conseguir provas contra os demais participantes, em uma espécie de delação premiada. Em troca, o delator receberá das autoridades um abrandamento da sua punição, ou até mesmo, o perdão.

O advento dos acordos de leniência mudou completamente a forma pela qual as autoridades de defesa de concorrência detectam, investigam e detêm os cartéis;

¹ CORDOVA, Danilo Ferraz; LOPES, Mariana Rebuzzi Sarcinelli. Política de combate aos cartéis: os acordos de leniência, o termo de compromisso de cessação e a Lei 11.482/2007. **Revista do IBRAC**, v. 15, n. 4, 2008, p.51.

² SOBRAL, Ibrahim Acácio Espírito. O acordo de leniência: avanço ou precipitação? **Revista do IBRAC**, v. 8, n. 2, 2001, p. 132.

havendo mesmo a possibilidade de se confessar a conduta às autoridades, antes mesmo das investigações se iniciarem.³

Ademais, “quando os cartéis estiverem sujeitos a sanções criminais, a leniência normalmente adquirirá a forma de concessão de imunidade do processo criminal, mas independente disso, a leniência adquirirá também a forma de redução de multas no âmbito do processo administrativo em trâmite perante o órgão de defesa da concorrência”.⁴

Visto que se trata de um instrumento que parte do pressuposto da fragilidade interna dos cartéis, importante asseverar que o acordo de leniência não deve servir de abrigo àquele que porventura esteja envolvido na liderança da conduta infracionária. Se tal possibilidade fosse factível, fácil seria a simulação de uma confissão pelo líder da conduta, com o objetivo de valer-se dos benefícios conferidos pelo acordo, ao passo que os demais envolvidos sofreriam as penalidades da lei.⁵

O objetivo do acordo de leniência, contudo, é a repressão aos cartéis, pois permite que infrações desse tipo sejam rapidamente identificadas e comprovadas de forma célere e a baixos custos, o que, de certa forma, conduz a um desfecho mais eficiente do processo, sem muito ônus para a Administração Pública.⁶

³ ARQUIT, Kevin; BUHART, Jacques; ANTOINE, Olivier. *Leniency Regimes*. Great Britain: European Lawyer Reference Series, 2006, p. 7.

⁴ SOBRAL, Ibrahim Acácio Espírito. O acordo de leniência: avanço ou precipitação? **Revista do IBRAC**, v. 8, n. 2, 2001, p. 132.

⁵ CÓRDOVA, Danilo Ferraz; LOPES, Mariana Rebuzzi Sarcinelli. Política de combate aos cartéis: os acordos de leniência, o termo de compromisso de cessação e a Lei 11.482/2007. **Revista do IBRAC**, v. 15, n. 4, 2008, p. 52.

⁶ Ibidem.

No Brasil, o acordo de leniência foi introduzido na Lei de Defesa da Concorrência, nº. 8.884 de 11 de junho de 1994, no ano 2000, por meio do Art. 35-B e seguintes. Dispõe o *caput* do referido artigo:

Art. 35-B. A União, por intermédio da SDE, poderá celebrar acordo de leniência com a extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de um a dois terços da penalidade aplicável, nos termos deste artigo, com pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de infração à ordem econômica, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo e que dessa colaboração resulte

I - a identificação dos demais co-autores da infração; e

II - a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação.

O acordo deve ser celebrado com a Secretaria de Direito Econômico – SDE, órgão integrante do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, responsável pela instrução de processos que investigam infrações contra a ordem econômica.

A referida lei prevê que o acordo de leniência poderá afastar ou reduzir a penalidade pecuniária de um a dois terços, seja para pessoas jurídicas ou para pessoas físicas, desde que estas colaborem, efetivamente, com as investigações e que dessa colaboração resulte tanto a identificação dos demais agentes participantes da infração quanto a obtenção de informações e/ou documentos que comprovem a conduta ilícita sob investigação. Estão impedidas de celebrar o acordo as pessoas que forem líderes da conduta investigada.⁷

O acordo somente poderá ser celebrado no Brasil com a empresa ou pessoa física que primeiro se apresentar à SDE com tal pretensão, e admitir a sua participação na

⁷ RODAS, João Grandino. Acordos de leniência em direito concorrencial: práticas e recomendações. **Revista dos Tribunais**, ano 96, n. 862, 2007, p. 28.

prática cartelizada. Se uma empresa habilita-se para leniência, todos os seus funcionários que admitirem seu envolvimento na conduta poderão também receber o benefício da leniência, desde que assinem o acordo juntamente com a empresa e colaborem com as investigações. Por outro lado, caso a empresa não queira se submeter ao acordo de leniência, seu funcionário pode fazê-lo, caso em que a proteção não se estenderá à empresa.

A lei exige que o proponente cesse seu envolvimento na prática denunciada, e concorde em cooperar plenamente com a investigação. Tal cooperação deve resultar na identificação dos outros membros do cartel e na obtenção de provas que demonstrem a prática denunciada.

Não se admite, outrossim, que a pessoa que esteja frente à prática denunciada celebre o acordo em questão.

Em relação à autoridade investigadora, a SDE, determinou a lei que não se admitisse o acordo quando já houvesse provas suficientes para assegurar a condenação do proponente⁸, o que demonstra um sério compromisso do novo instituto com as investigações.

O acordo não se sujeita à homologação pelo plenário do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, mas cabe ao Conselho, quando do julgamento dos demais envolvidos, verificar o cumprimento do acordo, podendo adotar algumas medidas de acordo com a avaliação do caso, nos moldes do disposto no art. 35-B, § 4º da Lei nº. 8.884/94, *in verbis*:

⁸ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Secretaria de Direito Econômico. **Cartilha de combate a cartéis e programa de leniência**. Brasília, 2008.

§ 4º - A celebração de acordo de leniência não se sujeita à aprovação do CADE, competindo-lhe, no entanto, quando do julgamento do processo administrativo, verificado o cumprimento do acordo:

I - decretar a extinção da ação punitiva da administração pública em favor do infrator, nas hipóteses em que a proposta de acordo tiver sido apresentada à SDE sem que essa tivesse conhecimento prévio da infração noticiada; ou

II - nas demais hipóteses, reduzir de um a dois terços as penas aplicáveis, observado o disposto no art. 27 desta Lei, devendo ainda considerar na gradação da pena a efetividade da colaboração prestada e a boa-fé do infrator no cumprimento do acordo de leniência.

O acordo de leniência, portanto, concede imunidade administrativa parcial ou total para as empresas e pessoas físicas a depender do conhecimento prévio, pela SDE, da conduta ilegal investigada. Ou seja, se a SDE não possuía conhecimento sobre a existência do cartel, o beneficiário poderá ter direito à imunidade total; caso contrário, se a SDE possuía conhecimento prévio sobre a existência do cartel, a penalidade aplicável pode ser reduzida de um a dois terços, dependendo da efetividade da cooperação e boa-fé do beneficiário quando do cumprimento do acordo.⁹

O art. 35-C da Lei nº. 8.884/94¹⁰ dispõe que a celebração do acordo de leniência determina a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento de denúncia criminal contra as pessoas físicas signatárias do Acordo. Se o CADE, ao julgar o caso, verificar que o acordo de leniência foi cumprido, a punibilidade dos crimes previstos na Lei dos Crimes contra a Ordem Econômica se extingue automaticamente.

⁹ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Secretaria de Direito Econômico. **Cartilha de combate a cartéis e programa de leniência**. Brasília, 2008.

¹⁰ Art. 35-C. Nos crimes contra a ordem econômica, tipificados na Lei nº 8.137, de 27 de novembro de 1990, a celebração de acordo de leniência, nos termos desta Lei, determina a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia.

Parágrafo único. Cumprido o acordo de leniência pelo agente, extingue-se automaticamente a punibilidade dos crimes a que se refere o *caput* deste artigo.

Muito embora não se trate de requisito imposto pela Lei nº. 8.884/94, pode a SDE, com a anuência da parte, convidar o Ministério Público Federal ou Estadual para atuar como interveniente do acordo. Isto porque, conforme já asseverado, a formação de cartéis é classificada não só como ilícito administrativo, como também como ilícito penal, sendo certo que o estrito cumprimento ao acordo gera a extinção automática dos crimes previstos na Lei nº. 8.137 de 27.12.1990.

Apesar de não ser obrigatório, tal convite poderia servir para resguardar os envolvidos em relação a eventual propositura de ações no campo penal, bem como assegurar o cumprimento da lei, uma vez que o Ministério Público atua tanto como fiscal da lei, quanto como defensor da coletividade, que, à primeira vista, é a titular dos bens jurídicos protegidos pela Lei nº. 8.884/1994.

A fim de proteger a posição de um candidato à celebração do acordo de leniência, a SDE criou uma senha, denominada *market system*, por um período não superior a 30 dias, de modo a lhe permitir a obtenção das informações e provas necessárias sobre a conduta denunciada.¹¹

Para se habilitar à senha, o candidato deverá informar à SDE seu nome, endereço, os co-partícipes do cartel, os bens e locais afetados e, se possível, a duração estimada do cartel. Deverá informar, também, sobre a existência de outras propostas de acordo de leniência, sobre a mesma prática, que o proponente tenha apresentado ou tenha o intento de apresentar em outras jurisdições.¹²

¹¹ Vide Art. 67 da Portaria MJ 04 de 2006.

¹² MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Secretaria de Direito Econômico. **Cartilha de combate a cartéis e programa de leniência**. Brasília, 2008.

A proposta de acordo de leniência pode ser submetida à SDE na forma escrita ou oral, e é considerada sigilosa pela lei, salvo no interesse das investigações e do processo administrativo. Apresentada a proposta, o acordo deverá ser assinado ou rejeitado em prazo não superior a seis meses contados a partir da apresentação da proposta, podendo ser prorrogado por igual período, a critério do Secretário de Direito Econômico.¹³

De acordo com a lei¹⁴, a proposta de acordo rejeitada pela SDE não importará em confissão quanto à prática de cartel, nem reconhecimento de ilicitude da conduta investigada, que restará sigilosa.

Somente o Secretário de Direito Econômico e seu Chefe de Gabinete participam da fase de negociação e, caso a celebração do acordo não seja efetuada, por desistência do proponente ou rejeição da Secretaria, todos os documentos são devolvidos para o proponente, não permanecendo qualquer cópia na SDE.¹⁵

Um eventual interessado que não se qualificar para a celebração do acordo de leniência em relação à determinada conduta sob investigação – seja porque foi o segundo a se apresentar, seja por ter não ter preenchido quaisquer dos requisitos dispostos em lei – mas que fornecer informações relevantes acerca de uma outra infração, de que a SDE não tenha qualquer conhecimento prévio, poderá postular a celebração com a SDE, até o envio do processo para julgamento pelo CADE, de acordo de Leniência. Nesse caso, o infrator receberá todos os benefícios da leniência com relação à segunda infração e redução de um terço da

¹³ Vide Art. 62 e ss. da Portaria MJ 04 de 2006.

¹⁴ Art. 35-B [...]

§ 10 - Não importará em confissão quanto à matéria de fato, nem reconhecimento de ilicitude da conduta analisada, a proposta de acordo de leniência rejeitada pelo Secretário da SDE, da qual não se fará qualquer divulgação.

¹⁵ Vide Art. 69 da Portaria MJ nº. 04 de 2006.

pena que lhe seria aplicável com relação à primeira infração.¹⁶ O objetivo aqui é incentivar empresas e pessoas investigadas a colaborar com a autoridade investigadora na repressão aos cartéis.

De acordo com a Portaria MJ 04 de 2006¹⁷, a proposta de acordo de leniência também poderá ser feita oralmente. Para tanto, o proponente deverá informar a qualificação completa das empresas envolvidas; fazer uma exposição sumária dos fatos conhecidos relativos à infração noticiada ou sob investigação, esclarecendo, inclusive, seu envolvimento; e fornecer a identidade dos co-autores. Neste caso, o proponente terá prazo não superior a trinta dias, para a apresentação de documentos, informações ou prestar outros esclarecimentos orais. O Secretário poderá, contudo, recusar-se a receber a proposta na forma oral, condicionando o seu recebimento à forma escrita.

1.2 Requisitos para um acordo de leniência eficaz

1.2.1 Previsão de elevadas multas

Um elemento necessário para se conter a ação de um cartel e, consequentemente, atrair o interesse das partes envolvidas na conduta à celebração de acordo de leniência, é a existência de severas multas¹⁸. A aplicação de multas sem a conjugação da pena prisional não é suficiente para se conter a ação do cartel. Por isso, na medida em que a participação do cartel é considerada como crime e o risco de prisão é uma realidade, a

¹⁶ RODAS, João Grandino. Acordos de leniência em direito concorrencial: práticas e recomendações. **Revista dos Tribunais**, ano 96, n. 862, 2007, p. 29.

¹⁷ Vide art. 62 e ss.

¹⁸ ARQUIT, Kevin; BUHART, Jacques; ANTOINE, Olivier. *Leniency Regimes*. Great Britain: European Lawyer Reference Series, 2006, p. 9.

existência de pesadas sanções pecuniárias incentiva a colaboração dos infratores junto aos órgãos de defesa da concorrência.¹⁹

No Brasil, por exemplo, em decorrência do aumento da persecução criminal a cartéis, em 2008, 53 pessoas foram presas, temporária ou preventivamente, suspeitas de participarem de crime de cartel. Foi a primeira vez que um mandado de prisão preventiva por crime de cartel foi cumprido. O gráfico do ANEXO I reflete o maior rigor da política de combate criminal a cartéis no Brasil, apresentando um crescente número de executivos responsabilizados criminalmente pela prática cartelizada, nos termos da Lei nº. 8.137/1991.²⁰

Outro fator primordial à repressão do cartel, é a percepção por parte do infrator de que os riscos de praticar a conduta devem ser maiores do que eventuais recompensas. Se assim não o for, as sanções previstas serão percebidas apenas como um mero custo a ser deduzido do lucro realizado com o negócio ilícito.

A celebração do acordo de leniência é, na verdade, a última oportunidade que tem o infrator de se salvar da punição mais severa. Isso porque o objetivo do acordo de leniência é oferecer às empresas e aos seus executivos, uma solução mais branda em razão do seu arrependimento.

Assim, uma empresa que se envolveu na prática de uma conduta colusória deve escolher entre relatar o fato à autoridade competente, a fim de assinar um acordo de leniência, ou manter-se inerte acerca do ato ilícito, sujeitando-se às conclusões do processo.

¹⁹ VILLELA, Juliana Girandelli. Aspectos relevantes do programa de leniência. **Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro**, ano XLIV, n. 139, 2005, p. 204.

²⁰ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Secretaria de Direito Econômico. **Relatório de Gestão**. Brasília, 2008.

Discute-se muito sobre a eficácia do acordo de leniência nos países em que a prática de cartel não é criminalizada, visto que a existência de sanções criminais, tais como a pena de prisão para indivíduos diretamente ligados à prática, cria um incentivo adicional para a delação.²¹

O cartel das vitaminas pode ser considerado como um exemplo de eficácia da repressão meramente pecuniária com a cooperação da *Rhône-Poulenc S.A*, empresa sediada na França. A empresa decidiu cooperar, apesar de os executivos franceses culpados residirem fora dos Estados Unidos. Assim, evitar o cárcere de executivos norte-americanos, não foi, provavelmente, o fator que induziu a empresa a cooperar com as autoridades, mas evitar as pesadas sanções pecuniárias que lhe seriam impostas.²²

Em razão do acordo, a *Rhône-Poulenc S.A* se livrou da multa, enquanto as outras empresas partícipes do cartel receberam elevadas multas, que chegaram à casa dos quinhentos milhões de dólares.²³

1.2.2 Receio de descoberta

Quanto maior o receio de descoberta, maior o incentivo do envolvido em delatar o cartel. Ressalte-se que pesadas penalidades não bastam, caso não sejam aplicadas. Da mesma maneira, se os envolvidos no cartel não tiverem receio de que sua prática seja descoberta, provavelmente não se sentirão inclinados em delatar a conduta às autoridades, a fim de obter imunidade.

²¹ RODAS, João Grandino. Acordos de leniência em direito concorrencial: práticas e recomendações. **Revista dos Tribunais**, ano 96, n. 862, 2007, p. 23.

²² VILLELA, Juliana Girandelli. Aspectos relevantes do programa de leniência. **Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro**, ano XLIV, n. 139, 2005, p. 205.

²³ Ibidem

Daí a necessidade de a autoridade de defesa da concorrência adotar mecanismos eficazes de perseguição e punição, para que se crie nos infratores, inclusive potenciais, o receio de serem punidos, o que lhes fará perceber os riscos de participar ou manter-se em um cartel.²⁴

O fato de se permitir que apenas o primeiro proponente do acordo possa celebrá-lo costuma incentivar a delação, pois haverá o receio de que outro possa chegar primeiro para denunciar a prática. É verdade que em outros sistemas jurídicos há a possibilidade de mais de uma empresa celebrar o acordo, mas neste caso, costuma-se garantir benefícios exclusivos ao primeiro a delatar a prática anticompetitiva.²⁵

1.2.3 Transparência na aplicação das regras

Um dos elementos mais importantes para a efetividade dos acordos de leniência é sem dúvidas a segurança jurídica por ele propiciado, bem como a atuação isenta da autoridade responsável pela sua implementação. Por isso, clareza e objetividade durante todo o processo são indispensáveis, pois incentivam as delações, possibilitando ao infrator maior segurança para confessar o ilícito.

É importante que as autoridades publiquem, de forma regular, informativos que visem esclarecer a população sobre a aplicação do acordo, o que possibilitaria ao infrator maior segurança para confessar o ilícito, sem receio de que venha a sofrer com arbitrariedades.²⁶

²⁴ ARQUIT, Kevin; BUHART, Jacques; ANTOINE, Olivier. *Leniency Regimes*. Great Britain: European Lawyer Reference Series, 2006, p.10.

²⁵ RODAS, João Grandino. Acordos de leniência em direito concorrencial: práticas e recomendações. **Revista dos Tribunais**, ano 96, n. 862, 2007, p. 23.

²⁶ HAMMOND, Scott D. *Detecting and deterring cartel activity throug an effective leniency program*. Disponível em: <www.usdoj.gov/atr./speeches> Acesso em: 20 mai. 09.

1.3 Experiência estrangeira

1.3.1 Modelo estadunidense

Os Estados Unidos foram o primeiro país a adotar programas de leniência na esfera da defesa da concorrência, em 1978. Por um certo período, a média de acordos era de um a cada ano. Com o passar dos anos e, com a substancial reforma no programa de leniência em 1993, a média aumentou para cerca de um acordo por mês.²⁷

Naquela oportunidade, duas principais revisões foram feitas, quais sejam: (i) isenção total, imediata e automática das penalidades em relação às empresas que colaboram com a agência antitruste antes de iniciadas as investigações; e (ii) possibilidade de empregados, diretores e outros que cooperarem com a agência antitruste poderem ser protegidos das acusações criminais.

O programa de leniência mostrou ser um instrumento fundamental no combate a cartéis nos Estados Unidos. De 1997 a 2004, foram aplicadas multas que somam mais de US\$ 2,5 bilhões por práticas anticompetitivas, sendo que mais de 90% deste total correspondem a casos oriundos de informações obtidas por meio da assinatura do acordo de leniência.²⁸

Nos Estados Unidos existe também a possibilidade da chamada anistia adicional (*amnesty plus*) que ocorre quando as empresas participantes de um cartel em determinado mercado, também fazem parte de outros cartéis. Então, de forma pró-ativa, passou-se a celebrar acordos de leniência com empresas já formalmente investigadas pela

²⁷ GRIFFIN, James M. *The modern leniency program after ten years – a summary overview of the antitrust division's criminal enforcement program*. Disponível em: <www.usdoj.gov/atr/public/speeches/201477.htm> Acesso em: 20 mai. 09.

²⁸ RODAS, João Grandino. Acordos de leniência em direito concorrencial: práticas e recomendações. **Revista dos Tribunais**, ano 96, n. 862, 2007, p. 24.

prática de cartel, tendo por objeto a delação de outros cartéis em mercados distintos daquele sob investigação.

Desta forma, ainda que uma empresa não pudesse ser beneficiada com o perdão total da sanção decorrente do primeiro cartel, a prestação de informações quanto à segunda prática levaria ao afastamento da condenação desta, além da redução da pena com relação ao primeiro, ou seja, o *plus*. Se a empresa decidir não reportar o envolvimento em um eventual segundo cartel, ela assume o risco de que, caso o conluio seja descoberto, as penalidades sejam maiores em virtude da caracterização de reincidência.²⁹

Foi essa a sistemática adotada no Brasil, conforme se verifica da redação do art. 35-B, §§ 7º e 8º da Lei nº. 8.884/94, *in verbis*:

Art. 35-B [...]

§ 7º A empresa ou pessoa física que não obtiver, no curso de investigação ou processo administrativo, habilitação para a celebração do acordo de que trata este artigo, poderá celebrar com a SDE, até a remessa do processo para julgamento, acordo de leniência relacionado a uma outra infração, da qual não tenha qualquer conhecimento prévio a Secretaria.

§ 8º Na hipótese do parágrafo anterior, o infrator se beneficiará da redução de um terço da pena que lhe for aplicável naquele processo, sem prejuízo da obtenção dos benefícios de que trata o inciso I do § 4º deste artigo em relação à nova infração denunciada.

Há alguns vários exemplos de acordos de leniência celebrados nos Estados Unidos que levaram à condenação dos participantes do cartel, à exceção do membro delator,

²⁹ RODAS, João Grandino. Acordos de leniência em direito concorrencial: práticas e recomendações. **Revista dos Tribunais**, ano 96, n. 862, 2007, p. 24.

i.e, cartel no mercado de memória de computador; cartel no mercado de eletrodos de grafite; cartel no mercado de obras de arte e cartel no mercado de construção naval.³⁰

1.3.2 *Modelo europeu*

A União Européia e os países europeus individualmente considerados têm utilizado os acordos de leniência com o objetivo de obter provas suficientes à condenação de prática de cartel.

O programa de leniência europeu tem-se mostrado um instrumento deveras eficiente no combate a cartéis, servindo como exemplo para todo o mundo. Os gráficos dos ANEXOS II e III demonstram, respectivamente, a evolução das multas aplicadas após a solidificação e intensificação do programa de leniência, bem como o número de casos decididos após a assinatura do acordo de leniência.³¹

A Comissão Européia, órgão responsável pela defesa da concorrência no âmbito da União, lançou o seu programa de leniência pela primeira vez no ano de 1996, o qual sofreu ampla revisão em 2002. Até meados de 2003, ao menos cem empresas já haviam procurado a Comissão a fim de celebrar um acordo de leniência.³²

A mencionada reforma introduziu relevantes modificações no programa de leniência, tais como a isenção de pena para as empresas colaboradoras, ainda que as investigações já tivessem sido iniciadas, desde que as colaboradoras oferecessem provas contundentes acerca da existência do cartel e que aceitassem cooperar com o órgão de defesa da concorrência de forma irrestrita. Ademais, deveriam cessar em definitivo as condutas

³⁰ RODAS, João Grandino. Acordos de leniência em direito concorrencial: práticas e recomendações. **Revista dos Tribunais**, ano 96, n. 862, 2007, p. 24.

³¹ SAKKERS, Ewoud. *Settlements in European Commission cartel proceedings*. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br>> Acesso em: 25 mai. 09.

³² Ibidem.

ilícitas, não podendo celebrar o acordo a empresa que tivesse coagido outrem a participar do cartel.

Nos casos em que a investigação já tiver sido iniciada, somente será possível a anistia total se a empresa tiver sido a primeira a cooperar com as autoridades para relatar evidências do cartel. Contudo, caso as investigações não tenham sido iniciadas e a empresa for a primeira a relatar o conchavo, obterá a anistia automática e total.³³

Outro aspecto relevante que merece destaque é o chamado “papel da ofensa”. O programa atual não veda a possibilidade de obter imunidade total àqueles membros do cartel que porventura tenham instigado a participação de outras empresas na atividade ilícita ou que tenham exercido papel relevante no conchavo. A vedação à imunidade atinge apenas aqueles que tenham forçado outras empresas a se tornarem membros do cartel.³⁴

O modelo de leniência europeu, desde o início, demonstrou um firme comprometimento de recompensar as empresas que primeiro delatassem as atividades do cartel, impondo pesadas sanções pecuniárias àqueles que preferissem continuar participando dos conluíus.³⁵

Contudo, as empresas que não se qualificarem para a imunidade total, poderão ser beneficiadas com uma redução de multas, desde que tragam às autoridades evidências de significativo valor. A evidência é considerada de valor significativo para a Comissão, quando reforçar a capacidade de provar a infração. À primeira empresa a atender a

³³ HAMMOND, Scott D. *Detecting and deterring cartel activity through an effective leniency program*. Disponível em: <www.usdoj.gov/atr/speeches> Acesso em: 20 mai. 09.

³⁴ VILLELA, Juliana Girandelli. Aspectos relevantes do programa de leniência. **Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro**, ano XLIV, n. 139, 2005, p. 210.

³⁵ Ibidem

essas condições é concedida redução de 30% a 50%, 20% a 30% para a segunda e até 20% para as empresas subseqüentes.³⁶

No que tange aos programas nacionais, a maioria deles segue as linhas gerais do programa comunitário europeu. Em Portugal, por exemplo, o delator que se apresentar à autoridade de defesa da concorrência antes de iniciada as investigações, tem garantido o seu afastamento da condenação.³⁷

Há, contudo, países que divergem em relação ao programa comunitário. A França, por exemplo, passou por recente reforma a fim de tornar suas normas mais flexíveis. O programa francês não se limita somente a cartéis, sendo concomitantemente aplicável a outros tipos de acordos que restringem a concorrência. É menos previsível com relação aos delatores subseqüentes ao primeiro, ou seja, os delatores subseqüentes não obterão mais de 50% de redução da multa aplicável. O cálculo é feito caso a caso.³⁸

Ademais, a autoridade francesa pode pedir ao delator que permaneça no cartel, com o objetivo de manter o sigilo das investigações e não chamar a atenção dos demais membros.³⁹

Outro modelo nacional que merece destaque é o modelo britânico. O Governo Britânico, no ano de 2000, implementou em sua legislação concorrencial e concedeu ao OFT (*Office of Fair Trading*) maiores poderes investigatórios, com o objetivo de inibir a prática do cartel. Tal implementação incluiu a criação de um programa de leniência nos moldes do modelo norte-americano.

³⁶ Disponível em: <<http://ec.europa.eu/competition/cartels/leniency/leniency.html>> Acesso em: 16/10/2009.

³⁷ RODAS, João Grandino. Acordos de leniência em direito concorrencial: práticas e recomendações. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 96, n. 862, 2007, p. 26.

³⁸ Ibidem

³⁹ Ibidem

O programa britânico propõe que as empresas que colaborem com o OFT recebam total ou parcial imunidade no momento da aplicação de multas. A imunidade total é possível apenas para o primeiro membro que relatar a existência do cartel e será automática, se as investigações ainda não tiverem se iniciado e se o OFT não possuir evidências suficientes para atestar a existência do cartel. Este último requisito deverá ocorrer nos casos em que o OFT já iniciou as investigações, mas ainda não possui dados relevantes para saber se as proibições contidas em sua legislação foram infringidas.⁴⁰

O interessado na assinatura do acordo de leniência britânico deve preencher os seguintes requisitos: (i) fornecer ao OFT informações, documentos e demais evidências que possam provar as atividades do cartel; (ii) manter cooperação irrestrita para o êxito da investigação; (iii) não ter persuadido, liderado ou compelido outras empresas a participarem do conluio; e (iv) ao procurar estabelecer o acordo de leniência, cessar imediatamente as atividades ilícitas.⁴¹

A obtenção de imunidade parcial, ou seja, redução das penalidades acima de 50% é possível em apenas dois casos, quando o denunciante não tenha sido o primeiro a delatar o cartel, isto antes de o OFT notificar, por escrito, que houve violação à legislação, e quando o denunciante tiver sido qualificado para a imunidade total pelo fato de não ter instigado, liderado ou compelido outras empresas a fazerem parte do cartel.⁴²

Tanto na imunidade parcial quanto na total, é necessário o preenchimento cumulativo daqueles principais requisitos, quais sejam, os de prestar irrestritamente informações que possam comprovar a existência do cartel; cooperar incessantemente para o

⁴⁰ VILLELA, Juliana Girandelli. Aspectos relevantes do programa de leniência. **Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro**, ano XLIV, n. 139, 2005, p. 211.

⁴¹ Ibidem

⁴² Ibidem

êxito da investigação e na proposição de acordo, além de cessar imediatamente a prática ilícita.⁴³

⁴³ VILLELA, Juliana Girandelli. Aspectos relevantes do programa de leniência. **Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro**, ano XLIV, n. 139, 2005, p. 211.

2 TERMO DE COMPROMISSO DE CESSAÇÃO DE PRÁTICA

2.1 Conceito, objetivo e principais requisitos

O Termo de Compromisso de Cessação - TCC é instituto da Lei nº. 8.884/94, para possibilitar à autoridade antitruste o encerramento de processo instaurado para apurar infração à ordem econômica por meio de acordo em que o representado assume obrigações visando à cessação da prática investigada ou de seus efeitos.

A redação original do art. 53 da Lei nº. 8.884/94 permitia a celebração de TCC durante o processo administrativo, sem distinção de condutas e sem que houvesse a necessidade de o interessado confessar ou reconhecer a ilicitude da conduta investigada.

A lei previa a inserção obrigatória de algumas cláusulas no termo de compromisso de cessação, independentemente do tipo de conduta investigada. Impunha-se ao representado a obrigação de cessar a prática investigada no prazo estabelecido; estabelecia-se a necessidade de se prever o valor da multa diária a ser imposta no caso de descumprimento; e previa-se obrigação do representado de apresentar relatórios periódicos de sua atuação no mercado e informar sobre mudanças societárias, de atuação e de localização.

A Lei nº. 10.149, de 21 de dezembro de 2000 modificou a sistemática até então vigente, incluindo o § 5º ao art. 53, que proibiu a celebração de TCC nas investigações

das práticas descritas nos incisos I, II, III e VIII do art. 21, caracterizadoras de cartel.

Contudo, em 2007, o legislador voltou a permitir a celebração de TCC em casos de cartel. A Lei nº. 11.482, de 31 de maio de 2007 deu nova redação ao art. 53 da Lei nº. 8.884/94 que regulavam o TCC, retornando-se à sistemática adotada antes de 2000.

A proposta para a celebração de TCC passou, então, a dispor dos seguintes requisitos obrigatórios: a especificação das obrigações do representado para fazer cessar a prática investigada ou seus efeitos lesivos, bem como outras obrigações cabíveis; a fixação do valor da multa para o caso de descumprimento, total ou parcial, das obrigações compromissadas; a fixação do valor da contribuição pecuniária ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos, no caso de cartéis, que não poderá ser inferior ao mínimo previsto no art. 23 da Lei nº. 8.884/94.⁴⁴

O art. 23 supramencionado prevê que os cartéis podem ser sancionados com multas impostas às empresas, podendo variar de 1% a 30% do respectivo faturamento bruto, excluídos os impostos, no ano anterior ao do início do processo administrativo. No caso dos administradores responsáveis pela prática anticoncorrencial, os valores das multas podem variar de 10% a 50% da multa aplicada à empresa infratora para a qual trabalhavam. Outras pessoas físicas, associações, sindicatos e outras entidades sem fins lucrativos podem ser penalizados com multas que variam aproximadamente de R\$ 6 mil a R\$ 6 milhões. Multas no caso de reincidência são dobradas.

A principal diferença da legislação atual em relação ao regime vigente entre 1994 e 2000 está em que, no caso de prática de cartel, os representados devem pagar uma

⁴⁴ Vide art. 129-A do Regimento Interno do CADE, aprovado pela Resolução nº. 45/2007.

contribuição ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos, o que não ocorria anteriormente, nos termos art. 53, § 2º da Lei nº. 8.884/94, *in verbis*:

Art. 53 [...]

§ 2º Tratando-se da investigação da prática de infração relacionada ou decorrente das condutas previstas nos incisos I, II, III ou VIII do caput do art. 21 desta Lei, entre as obrigações a que se refere o inciso I do § 1º deste artigo figurará, necessariamente, a obrigação de recolher ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos um valor pecuniário que não poderá ser inferior ao mínimo previsto no art. 23 desta Lei.

Atendendo à nova disposição legal, em setembro de 2007, o CADE regulamentou o procedimento para propositura e análise do TCC, por meio de emenda ao seu Regimento Interno, resultando na edição da Resolução nº. 46/2007.

Além de estabelecer o procedimento a ser seguido, o Conselho estipulou a obrigatoriedade do reconhecimento de culpa em casos em que houver sido celebrado acordo de leniência pela SDE⁴⁵. Também ficou estabelecido que o TCC deve conter a possibilidade de adoção de programa de prevenção de infrações à ordem econômica.

Por estabelecerem apenas normas gerais e requisitos básicos acerca do instituto do TCC, os dispositivos legais e regimentais concederam ao Plenário do CADE, no exame do caso em concreto, discricionariedade para delinear o acordo mais aderente possível ao interesse público. Assim, caso a proposta seja tida como conveniente e oportuna no interesse público e de acordo com a lei, o CADE poderá aceitá-la.

Note-se que acordos entre investigadas e Administração devem ser feitos se, e somente se, ampliarem a dissuasão de práticas anticompetitivas, o princípio básico que

⁴⁵ Vide art. 129-G do Regimento Interno do CADE, aprovado pela Resolução nº. 45/2007.

orienta as atividades das autoridades de defesa da concorrência.⁴⁶

Horácio Bernardes Neto e Leopoldo Pagotto⁴⁷ afirmam, contudo, que as propostas apresentadas às vésperas do julgamento devem conter maiores concessões por parte do investigado do que aquelas feitas no início das investigações, pois, quanto antes for apresentada a proposta, mais vantajoso o TCC deveria ser o acordo para o proponente.

Após o cumprimento de todas as cláusulas do termo, o processo será arquivado. Porém, em caso de descumprimento, sanções cíveis previstas no acordo serão aplicadas e reiniciadas as investigações.

No compromisso de cessação a empresa investigada assume algumas obrigações de não fazer e, em contrapartida, a autoridade suspende o processo administrativo de investigação. Uma vez cumpridos os termos do acordo, o processo será arquivado.

2.2 Experiência internacional

O compromisso de cessação possui muitas semelhanças com os institutos da negociação de culpa (*plea bargaining*) e do acordo para encerramento do processo (*settlement*), do direito norte-americano.

A regulação desses acordos varia em cada ordenamento jurídico. Em dois estudos recentes elaborados, respectivamente, pela OCDE (*Organisation for Economic Co-operation and Development*)⁴⁸, e pela ICN (International Competition Network)⁴⁹

⁴⁶ Vide voto emitido pelo Conselheiro-relator Paulo Furquim de Azevedo no Requerimento nº. 08700.004992/2007-43, referente ao Processo Administrativo nº. 08012.011142/2006-79.

⁴⁷ BERNARDES NETO, Horácio; PAGOTTO, Leopoldo U.C. O polêmico termo de compromisso de cessação na lei de defesa da concorrência. **Revista Fórum CESA – RFC**, ano 3, n. 6, 2008, p.79

⁴⁸ ORGANISATION OF ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Plea bargaining and settlement of cartel cases*. Disponível em: <<http://www.oecd.org/dataoecd/56/43/41255395.pdf>> Acesso em: 16 out. 09

considerações de diversas autoridades de defesa da concorrência foram reunidas a respeito da possibilidade e forma de utilização de acordos para o encerramento de processos em casos de conduta uniforme (*cartel settlement* ou *plea bargaining*).

Tais estudos mostram que a possibilidade e forma de utilização desses acordos são bastante variadas entre as jurisdições. Segundo a ICN, das 20 jurisdições pesquisadas em seu estudo, apenas 9 permitem esta forma de composição e encerramento de processos em casos de cartel. As autoridades que possuem maior experiência na utilização do instrumento são Estados Unidos, Alemanha, França e Canadá.

Nas jurisdições que adotam a composição com o investigado, variam as formas de se por fim ao processo. Há jurisdições em que o encerramento do processo só é possível mediante reconhecimento de culpa e colaboração ativa para a incriminação dos demais acusados da infração, tais como nos Estados Unidos e no Canadá; em outras já não se exige o reconhecimento de culpa, tampouco a colaboração. Pode-se citar como exemplo a França, que permite a celebração de acordos sem reconhecimento explícito da participação na infração, vedando, porém, ao investigado qualquer objeção quanto às infrações imputadas.

Outra diferença entre as jurisdições reside na valoração da colaboração oferecida pelo acusado, e a possível redução da multa no âmbito do acordo.

A diferença mais notável está nos modelos de acordos utilizados nos EUA e na União Européia (UE). Enquanto no primeiro, o acordo é essencialmente um mecanismo de obtenção de provas e redução dos custos para a identificação de culpados, na UE os acordos

⁴⁹ INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK. *Cartel Settlements*. Disponível em: <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/media/library/Cartels/Cartel_WG_1.pdf> Acesso em: 16 out. 09

somente podem ser celebrados após a conclusão das investigações, tendo, portanto, papel essencial na redução dos custos de contestação das decisões da autoridade antitruste.⁵⁰

Há, contudo, consenso em relação ao uso dos acordos como meio para se encerrar com sucesso os processos referentes às investigações de condutas uniformes, promovendo-se uma melhor alocação de recursos por parte das autoridades.⁵¹ Tais acordos também trazem determinados benefícios aos investigados, tais como a economia de custos com processos e litígio, bem como a redução da incerteza quanto à punição.

Porém, uma preocupação percebida na maioria das jurisdições é a de um possível efeito contrário dos acordos, ou seja, o receio de que os benefícios obtidos quando da redução das multas possam prejudicar a percepção que os investigados tenham da legislação, sobretudo de sua natureza repressiva.⁵²

Por este motivo, é que o ex-Conselheiro Paulo Furquim recomenda que as “punições e multas previstas nos acordos reflitam apenas a economia de custos com o processo, ponderada pela probabilidade de que o poder judiciário venha a reverter ou reduzir a multa que seria aplicada pela autoridade antitruste.”⁵³

Por fim, a percepção que se tem é que a perpetuação do efeito dissuasório do programa de combate aos cartéis parece ser o referencial mais adotado pelas jurisdições na

⁵⁰ INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK. *Cartel Settlements*. Disponível em: <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/media/library/Cartels/Cartel_WG_1.pdf> Acesso em: 16 out. 09

⁵¹ Idem.

⁵² ORGANISATION OF ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Plea bargaining and settlement of cartel cases*. Disponível em: <<http://www.oecd.org/dataoecd/56/43/41255395.pdf>> Acesso em: 16 out. 09

⁵³ Vide voto do Conselheiro-Relator, Paulo Furquim de Azevedo, emitido no Requerimento nº. 08700.004992/2007-43, referente ao Processo Administrativo nº. 08012.011142/2006-79.

avaliação da conveniência e oportunidade da celebração de acordos que visam o encerramento/suspensão de processos em casos de conduta concertada.

3 CASOS PARADIGMÁTICOS

3.1 O primeiro acordo de leniência celebrado no Brasil

O primeiro acordo de leniência no Brasil foi celebrado em 2003, no processo⁵⁴ que investigava um cartel formado por empresas de vigilância do Rio Grande do Sul para fraudar licitações públicas naquele no estado.

O processo foi instaurado em desfavor de vinte e uma empresas, três entidades e trinta pessoas físicas que integrariam o suposto cartel. Figuraram como intervenientes no caso o Ministério Público Federal e Estadual, bem como a Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda.

Com o intuito de obter imunidade total das multas administrativas e das sanções criminais, a empresa Vigilância Antares Ltda. comprometeu-se a identificar os demais co-autores da infração, inclusive sócios, diretores e funcionários que operacionalizavam diretamente o cartel; apresentar novas informações e documentos comprobatórios da infração durante as investigações; cessar completamente seu envolvimento na conduta anticompetitiva objeto do acordo; cooperar plena e permanentemente com as investigações; e comparecer, sempre que solicitado pela SDE ou pelo Ministério Público, a todos os atos processuais até seu encerramento.

Comprometeu-se, ainda, a Vigilância Antares, a apresentar documentos ou elementos de prova capazes de comprovar os fatos objeto da investigação; comunicar toda e

⁵⁴ Vide Processo Administrativo nº. 08012.001826/2003-10.

qualquer alteração de dados constantes do acordo; repassar à SDE e ao Ministério Público Estadual toda e qualquer informação de que viesse a ter conhecimento no curso das investigações, a respeito do cartel e de seu funcionamento; e portar-se com honestidade, lealdade e boa-fé durante o cumprimento dessas obrigações.

Por sua vez, a SDE e o Ministério Público certificaram-se de que a empresa delatora era de fato a primeira a se qualificar com respeito à infração objeto da investigação, já que antes das informações por ela prestadas espontaneamente, não dispunham as autoridades de provas suficientes para assegurar a condenação dos envolvidos na prática ilícita. Assim, as informações prestadas pela delatora foram realmente indispensáveis para a apuração dos fatos objeto das investigações.

Com efeito, a assinatura do acordo permitiu que a SDE conseguisse ter acesso a provas diretas das fraudes às licitações, incluindo testemunhos de empregados e documentos trocados entre os integrantes do cartel.

O relato dos colaboradores permitiu também a realização de operações de busca e apreensão simultâneas em quatro empresas e duas associações de classe envolvidas nas fraudes, tendo os documentos apreendidos demonstrado que as empresas denunciadas realizavam reuniões semanais, com o objetivo de combinar as propostas nas concorrências e pregões públicos.

Ao final da investigação, a SDE recomendou ao CADE a condenação do cartel e, em outubro de 2007, o Conselho julgou procedente a representação contra dezesseis empresas e lhes impôs multas que variaram de 15% a 20% sobre o faturamento bruto do ano

de 2002 a 16 empresas.

Os administradores das empresas foram condenados e, conseqüentemente, receberam multas que variaram entre 15% e 20% do valor imputável à empresa à qual estavam vinculados. Ao Sindesp-RS e ao Sindivigilantes, associações de classe, foram impostas multas de aproximadamente R\$ 160 mil e, aos seus dirigentes, multa de aproximadamente R\$ 25 mil. À Assevirgs, por ter desempenhado papel de liderança do cartel, foi imposta multa de aproximadamente R\$ 320 mil, e ao seu dirigente, multa de aproximadamente R\$ 50 mil.

A quantia total de multas impostas pelo CADE aos infratores foi superior a R\$ 40 milhões. Além disso, as empresas foram proibidas de participar de licitações por cinco anos.

Na mesma oportunidade, o CADE reconheceu que o acordo fora cumprido em sua integridade, garantindo ao delator a extinção automática da punibilidade no âmbito criminal.

Desde o ano de 2001, quando foi instituído no Brasil, apenas um acordo de leniência, o cartel supra descrito, foi apreciado pelo CADE. Como as propostas e o próprio acordo de leniência é protegido por sigilo, a fim de evitar a exposição do delator, as informações disponíveis são limitadas. Mesmo assim, muito embora a SDE venha se esforçando para implementar a sua política de combate a cartéis, poucos têm sido os seus resultados efetivos, pelo menos no tocante ao acordo de leniência.

Mesmo que os resultados não sejam dos mais satisfatórios, é certo que hoje os potenciais cartelistas já não têm mais a certeza de que sua conduta ficará impune, apostando na coesão do grupo, fazendo com que os empresários avaliem com cautela as suas associações.

3.2 O cartel do suco de laranja

A investigação ainda está em curso na SDE para apurar infração cartelizada no mercado de produção de suco de laranja e oportunizou a celebração do primeiro compromisso de cessação de uma conduta cartelizada.

O processo supramencionado⁵⁵ foi instaurado a partir de denúncia formulada pelo Deputado Celso Russomano, da Comissão de Defesa do Consumidor, Meio Ambiente e Minorias da Câmara dos Deputados, em 23 de fevereiro de 2006, a qual dava conta de suposta formação de cartel pelas maiores empresas de processamento de suco de laranja do País.

Durante a instrução do processo, foi celebrado um acordo de leniência, que trouxe aos autos informações detalhadas acerca da suposta divisão de compras de laranja pela indústria processadora de suco. Consta dos autos, conforme afirmado pelo beneficiário da leniência, cujo nome foi mantido em sigilo, que pelo acordo, cada produtor de frutas ficava atrelado a uma empresa processadora, por meio de uma “Câmara de Compensação”. Assim, quando uma empresa excedia o volume de frutas processadas acordado com as demais, deveria ela entregar a quantidade de caixas correspondente no portão da empresa a ser

⁵⁵ Vide Processo Administrativo nº. 08012.008372/1999-14, em trâmite perante a Secretaria de Direito Econômico.

compensada, bem como reduzir o volume a ser processado, para que o seu volume fosse mantido.

Segundo, ainda, o delator, havia reuniões mensais em que as empresas apresentavam o volume de fruta processada, combinando as compensações. Em uma dessas reuniões foi apresentada uma “Regra Geral do Acordo” que, dentre outros termos, previa o controle da produção de suco, normas de aquisição do insumo e formas de controle das safras. Os preços e as quantidades de aquisição das frutas eram claramente acordados entre as indústrias processadoras.

Diante das informações trazidas às autoridades pelo delator, foi possível a proposição de ações cautelares de busca e apreensão. Porém, uma vez realizadas as operações, as partes obtiveram cautelares que suspenderam o deslacre e conseqüente utilização do material apreendido como meio de prova, mantida, no entanto, a apreensão.

Em julho de 2006, a SDE recebeu da ABECITRUS, uma das investigadas, proposta de celebração de compromisso de cessação das condutas investigadas. A minuta de TCC foi submetida à consulta pública, sendo relatadas várias sugestões de alterações e protestos de citricultores.

Contudo, o relator do caso no CADE, acompanhando o parecer do Ministério Público Federal, entendeu não ser possível a assinatura de TCC em relação às infrações relacionadas à prática de cartel, conforme dispunha o art.53 da Lei 8.884/94, em sua redação original, que vedava expressamente a celebração de compromisso de cessação quando se tratasse das condutas cartelizadas previstas nos incisos I, II ,III e VIII do art.21 da

referida lei.⁵⁶

Para o relator, somente a lei poderia autorizar a composição no caso de cartel. O relator foi acompanhado à unanimidade, negando-se, então, o CADE a celebrar o TCC com a ABECITRUS.

Não tardou muito e o art. 53 da Lei de Defesa da Concorrência foi alterado pela Lei nº. 11.482/07, passando a admitir o compromisso de cessação também para as condutas cartelizadas.

A Lei nº. 11.482/2007 deu nova redação ao art.53 da Lei nº. 8.884/94 que regula o TCC. De acordo com o mencionado artigo, impõe-se no termo especificação das obrigações do representado para fazer cessar a prática; a fixação do valor da multa para o caso de descumprimento, total ou parcial, das obrigações compromissadas; a fixação do valor da contribuição pecuniária ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos quando se tratar de prática de cartel, que não poderá ser inferior ao mínimo previsto no art. 23 da Lei nº 8.884/94.

⁵⁶ Art. 53. Em qualquer fase do processo administrativo poderá ser celebrado, pelo Cade ou pela SDE *ad referendum* do Cade, compromisso de cessação de prática sob investigação, que não importará confissão quanto à matéria de fato, nem reconhecimento de ilicitude da conduta analisada.

§ 1º O termo de compromisso conterá, necessariamente, as seguintes cláusulas:

- a) obrigações do representado, no sentido de fazer cessar a prática investigada no prazo estabelecido;
- b) valor da multa diária a ser imposta no caso de descumprimento, nos termos do art. 25;
- c) obrigação de apresentar relatórios periódicos sobre a sua atuação no mercado, mantendo as autoridades informadas sobre eventuais mudanças em sua estrutura societária, controle, atividades e localização.

§ 2º O processo ficará suspenso enquanto estiver sendo cumprido o compromisso de cessação e será arquivado ao término do prazo fixado, se atendidas todas as condições estabelecidas no termo respectivo.

§ 3º As condições do termo de compromisso poderão ser alteradas pelo Cade, se comprovada sua excessiva onerosidade para o representado e desde que não acarrete prejuízo para terceiros ou para a coletividade, e a nova situação não configure infração da ordem econômica.

§ 4º O compromisso de cessação constitui título executivo extrajudicial, ajuizando-se imediatamente sua execução em caso de descumprimento ou colocação de obstáculos à sua fiscalização, na forma prescrita no art. 60 e seguintes.

§5º O disposto neste artigo não se aplica às infrações à ordem econômica relacionadas ou decorrentes das condutas previstas nos incisos I, II, III e VIII do art. 21 desta Lei.

Os efeitos dessa alteração legislativa foram quase que imediatos. Ainda em 2007, foram celebrados dois compromissos de cessação: um com a empresa JBS S.A, anteriormente denominada Friboi Ltda., investigada por participação em cartel no mercado de frigoríficos, e outro com a Lafarge Brasil S.A, acusada de participação em cartel no mercado de cimento.

As duas empresas obtiveram a suspensão das investigações até o vencimento do prazo de duração do termo, ocasião em que os processos serão arquivados se cumpridas todas as condições acordadas, sem qualquer julgamento de mérito.

A JBS S.A e a Lafarge Brasil Ltda. se comprometeram a pagar uma contribuição para o Fundo de Defesa dos Direitos Difusos⁵⁷ no valor de R\$ 13,7 milhões e R\$ 43 milhões, respectivamente.

Um dos principais argumentos a favor do TCC no âmbito do CADE é a promoção da celeridade processual com grande economia de recursos públicos. No ano de 2006, por exemplo, o tempo médio de permanência de processos administrativos no CADE foi de 424 dias, tempo este que pode ser reduzido consideravelmente com o TCC.

Apesar de o Termo submeter-se ao juízo de conveniência e oportunidade do CADE, a Lei nº. 11.482/07 mostrou-se benéfica tanto para os representados, em razão do célere trâmite do processo e da respectiva suspensão condicional, quanto para a Administração, que vê solucionados de imediato os problemas concorrenciais.

⁵⁷ O Fundo de Direitos Difusos cuida da reparação de danos causados ao meio ambiente, ao consumidor e a bens e direitos de valor artístico, estético, turístico, paisagístico, por infração à ordem econômica e a outros interesses difusos e coletivos. Por força de Lei a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça exerce a função de Secretaria-Executiva do Conselho Federal Gestor do Fundo de Direitos Difusos.

Com efeito, vários foram os compromissos de cessação assinados por empresas acusadas da prática de cartel, ao contrário do que vem ocorrendo com o acordo de leniência, que, até hoje, só foi bem sucedido em um único caso.

O quadro do ANEXO IV mostra a evolução das propostas de TCC após o advento da nova lei⁵⁸.

Ao que tudo indica, é razoável admitir que as investigadas optem pelo instrumento que lhes proporcione o maior retorno, levando-se em conta a multa esperada, o valor da contribuição pecuniária ao Fundo de Direitos Difusos, as obrigações de fazer e os custos diversos com o prosseguimento do processo.

Isto porque a cultura brasileira ainda não se habituou à confissão. Enquanto o instituto da leniência prevê a confissão da prática da conduta, bem como a colaboração integral com as investigações, o TCC requer apenas o cumprimento de determinadas obrigações, culminado com o pagamento de contribuição pecuniária, o que, de certa forma, traz menos ônus à empresa investigada.

Anteriormente à Lei nº. 11.482/07, defendia-se que o acordo de leniência possuía uma amplitude e um grau maior de efetividade do que o compromisso de cessação. Isto porque no acordo de leniência exige-se que o delator ofereça provas da conduta ilícita de outros agentes econômicos, ao passo que os signatários do compromisso de cessação

⁵⁸ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Relatório de Gestão**. Brasília, 2008.

comprometem-se apenas a abandonar a prática infrativa, não se exigindo dele qualquer comprovação de práticas de terceiros.⁵⁹

Porém, o que se observa nos dias atuais é que a maioria dos envolvidos nos casos de cartel tem procurado as autoridades com a finalidade de celebrar um compromisso de cessação, o que, de certa forma, corresponde a esvaziamento do instituto do acordo de leniência.

Um dos problemas concernentes ao acordo de leniência referia-se à confidencialidade das informações prestadas, problema este que foi praticamente solucionado com a edição da Portaria MJ nº. 04 de 2006, que estabeleceu regras e condições claras para a divulgação das informações prestadas.⁶⁰

Porém, observa-se que a imunidade outorgada pelo acordo de leniência não cobre ações por perdas e danos subseqüentes, correndo o risco, portanto, de o beneficiário ter as provas que produziu emprestadas ao juízo civil para a quantificação de danos, em uma eventual ação dessa natureza. Sugere-se a concessão de tratamento confidencial de toda e qualquer informação com relação ao beneficiário, o que poderia obstar que fossem utilizadas contra ele em outra oportunidade.⁶¹

Ademais, não se pode esquecer de mencionar que somente o primeiro signatário de um acordo de leniência recebe o benefício da imunidade por cooperar com as autoridades. Os demais membros do cartel não podem aderir ao acordo, não tendo, assim,

⁵⁹ SOBRAL, Ibrahim Acácio Espírito. O acordo de leniência: avanço ou precipitação? **Revista do IBRAC**, São Paulo, v. 8, n. 2, p.131-146, 2001.

⁶⁰ Vide art. 68 e art. 69 da Portaria MJ nº. 04 de 2006.

⁶¹ DRAGO, Bruno de Luca. Acordos de leniência – breve estudo comparativo. **Revista do IBRAC**, v. 14, n. 6, 2007, p. 49-60.

incentivos para a cooperação. Daí o fato de o investigado, racionalmente, preferir celebrar um compromisso de cessação, até porque isto pode ocorrer a qualquer tempo.

O Brasil tem-se mostrado cada vez mais atento às tendências internacionais. Recentemente, celebrou um TCC com as empresas Whirlpool S.A., Brasmotor S.A., Whirlpool S.A. – Unidade de Negócios Embraco e seus executivos, todos investigados pela prática de cartel internacional no mercado de compressores herméticos para refrigeradores. O termo prevê que as pessoas jurídicas se obriguem, conjunta e solidariamente, a recolher ao Fundo dos Direitos Difusos contribuição pecuniária, a qual não tem natureza de multa, no valor de R\$ 100.000.000,00 (cem milhões de reais), e que as pessoas físicas recolham o valor total de R\$ 3.068.180,00 (três milhões e sessenta e oito mil e cento e oitenta reais).⁶²

Nesse contexto, emerge a importante questão de não se celebrar TCC que resulte em punição branda, o que tornaria o instrumento inócuo, incentivando os participantes do cartel a permanecerem na prática ilícita.

O objetivo da autoridade da concorrência deve ser o de implementar uma política de defesa da concorrência, tal como definida na legislação, no sentido de orientar o comportamento dos agentes de mercado em prol da competição, coibindo condutas anticompetitivas e atos de concentração com potencial lesivo à concorrência e ao bem estar social e do consumidor. Por isso, o uso tanto do acordo de leniência quanto do compromisso de cessação deve-se prestar ao atendimento do fim último da lei que é o de dissuadir condutas uniformes lesivas à concorrência.

⁶² Vide Requerimento nº. 08700.001369/2009-09, referente ao Processo Administrativo nº. 08012.000820/2009-11.

Cada um desses acordos tem as suas nuances e atrativos, cabendo ao representado escolher o que melhor lhe convenha. Alternativamente, pode prosseguir com processo administrativo e enfrentar uma possível condenação ao final do litígio.⁶³ A escolha de qualquer alternativa cabe unicamente ao administrado, segundo seu juízo quanto aquilo que lhe proporcione maior retorno, levando-se em consideração a multa esperada, a contribuição pecuniária ao fundo de direitos difusos, as obrigações de fazer, os custos do prosseguimento do processo, bem como grau de risco de condenação.

O fato é que ambos os acordos podem ser bastante eficazes na implementação da política de combate a cartéis, que passou a ser o foco das autoridades da concorrência desde 2003, por ser a conduta que mais danos diretos causa ao consumidor.

⁶³ Vide voto do Conselheiro-relator Paulo Furquim de Azevedo no Requerimento nº. 08700.004992/2007-43, referente ao Processo Administrativo nº. 08012.011142/2006-79.

CONCLUSÃO

Apurar e punir práticas cartelizadas, ao contrário do que se possa imaginar, não é nada fácil. É nesse contexto de dificuldades que surge a delação premiada no âmbito da defesa da concorrência, o acordo de leniência, em que um dos investigados se propõe a delatar seus comparsas para se beneficiar de uma redução da pena ou até mesmo do perdão.

A lógica da política da concorrência instrumentalizada pelo acordo de leniência é a seguinte: um membro do cartel delata os demais, ficando imune administrativa e penalmente, e a autoridade obtém as provas de que necessita para condenar todos os envolvidos na prática.

Já a lógica instrumentalizada pelo compromisso de cessação é bem mais simples: o membro do cartel que não quer mais ser processado compromete-se a cessar a prática, recolhendo ao Fundo de Direitos Difusos um determinado valor pecuniário e cumprindo uma série de obrigações, com isso livrando-se do processo.

Não se pode negar que ambos os instrumentos constituem importantes incentivos para que as empresas cessem suas práticas, tendo como substrato o bônus da isenção de multas e da extinção da punibilidade criminal e arquivamento do processo.

Porém, qualquer instrumento de combate a práticas cartelizadas somente trará benefícios se as autoridades da concorrência estiverem estruturadas e fortalecidas

suficientemente para implementá-lo, uma vez que a efetividade das soluções negociadas em defesa da concorrência estão proporcionalmente ligadas à efetividade da própria Lei nº.8.884/94.

O que podemos observar é que ambos os instrumentos, apesar de extremamente vanguardistas no que tange à repressão e prevenção de práticas anticoncorrenciais, têm-se mostrado díspares quanto à sua eficácia. Enquanto o acordo de leniência, instituído em mostrou-se bem-sucedido em somente um caso, o compromisso de cessação, desde a vigência da Lei nº. 11.482/2007, angariou mais de 15 assinaturas.

O acordo de leniência é assinado com a autoridade que procede às investigações do cartel, estando ainda sujeito ao juízo do Conselho quanto ao seu estrito cumprimento ao término do período de instrução, gerando certa insegurança jurídica ao proponente, que depende da conclusão das investigações para ter o seu benefício assegurado, o que ainda se agrava quando ausente o Ministério Público, responsável por fiscalizar o estrito dever legal.

Entretanto, não se pode dizer que o acordo de leniência é, em sua totalidade, um instrumento ineficaz. Ante a dificuldade de se colher provas que comprovem a existência dos cartéis, uma vez que a conduta se perfaz às escondidas, o instituto da leniência é muito mais encorajador do que a do compromisso de cessação. Isto porque a leniência exige a colaboração integral do beneficiário com as investigações.

Porém, como o compromisso de cessação se sujeita ao juízo de conveniência e oportunidade do CADE, pode-se, muito embora a legislação não seja

imperativa neste sentido, acordar pela cooperação obrigatória do signatário. Esta hipótese tem sido observada somente nos casos em que o acordo de leniência foi assinado em momento anterior (i.e, cartel das mangueiras marítimas em que uma das signatárias, *Bridgestone Corporation*, foi obrigada a colaborar com as investigações, tendo em vista a celebração anterior do acordo de leniência)⁶⁴.

Outra diferença que não se pode deixar de mencionar é o fato de que a mera assinatura do acordo de leniência não cumula no monitoramento da empresa. Ou seja, uma vez celebrado o acordo, a beneficiária obriga-se a cessar a prática ilícita, mas o órgão, em contrapartida, não se obriga a monitorá-la. No compromisso de cessação, todavia, o monitoramento quanto ao cumprimento do acordo é um dos requisitos que mais se destacam, uma vez que o simples descumprimento do termo enseja o desarquivamento do processo, com conseqüente retomada das investigações.

Importante ressaltar também que, não obstante a desnecessidade de se colaborar com as investigações quando da assinatura de um TCC, o CADE deve se preocupar em recolher contribuições pecuniárias razoáveis, a fim de desestimular os participantes do cartel a permanecerem na prática ilícita.

O fato é que ambos os instrumentos se prestam ao fim maior da defesa da concorrência que é o de prevenir e reprimir infrações contra a ordem econômica, sobretudo, a prática de cartel, onde a escolha do instituto caberá ao administrado que, racionalmente, levará em conta os retornos que obterá, tais como a multa esperada, a contribuição pecuniária

⁶⁴ Vide Requerimento nº. 08700.01882/2008-19, referente ao Processo Administrativo nº. 08012.010932/2007-18.

ao fundo de direitos difusos, as obrigações de fazer, os custos do prosseguimento do processo, bem como grau de risco de condenação.

Ademais, ambos os institutos podem ser bastante eficazes na implementação da política de combate a cartéis (vide a experiência de outras jurisdições), que passou a ser o foco das autoridades da concorrência desde 2003, uma vez que é a conduta que causa mais danos ao ambiente concorrencial.

Resta-nos saber, contudo, se a pouca experiência brasileira na promoção da livre concorrência, não obstante os recentes avanços alcançados, será capaz de imprimir todo o potencial transformador trazido tanto pelo acordo de leniência, quanto pelo termo de compromisso de cessação.

REFERÊNCIAS

ARQUIT, Kevin; Buhart, Jacques; Antoine, Olivier. *Leniency Regimes*. Great Britain: European Lawyer Reference Series, 2006.

BERNARDES NETO, Horácio; PAGOTTO, Leopoldo U.C. O polêmico termo de compromisso de cessação na lei de defesa da concorrência. **Revista Fórum CESA – RFC**, ano3, n. 6, 2008, p.79-81.

CÓRDOVA, Danilo Ferraz; LOPES, Mariana Rebuzzi Sarcinelli. Política de combate aos cartéis: os acordos de leniência, o termo de compromisso de cessação e a Lei 11.482/2007. **Revista do IBRAC**, v. 15, n. 4, 2008, p. 51.

DRAGO, Bruno de Luca. Acordos de leniência – breve estudo comparativo. **Revista do IBRAC**, v. 14, n. 6, 2007, p. 49-60.

GRIFFIN, James M. *The modern leniency program after ten years – a summary overview of the antitrust division’s criminal enforcement program*. Disponível em: <www.usdoj.gov/atr/public/speeches/201477.htm> Acesso em: 20 mai. 09.

HAMMOND, Scott D. *Detecting and deterring cartel activity through an effective leniency program*. Disponível em: < www.usdoj.gov/atr/speeches>. Acesso em: 20 mai. 09.

INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK. *Cartel Settlements* .Disponível em: <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/media/library/Cartels/Cartel_WG_1.pdf> Acesso em:16 out.09

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Secretaria de Direito Econômico. **Cartilha de combate a cartéis e programa de leniência**. Brasília, 2008.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Secretaria de Direito Econômico. **Relatório de Gestão**. Brasília, 2008.

MINSITÉRIO DA JUSTIÇA. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Relatório de**

Gestão. Brasília, 2008.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Secretaria de Direito Econômico. **Cartilha de combate a cartéis em sindicatos e associações.** Brasília, 2009.

ORGANISATION OF ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Plea bargaining and settlement of cartel cases.*, Disponível em:
<<http://www.oecd.org/dataoecd/56/43/41255395.pdf>> Acesso em: 16 out. 09

RODAS, João Grandino. Acordos de leniência em direito concorrencial: práticas e recomendações. **Revista dos Tribunais**, ano 96, n. 862, 2007, p. 28.

SAKKERS, Ewoud. *Settlements in European Commission cartel proceedings.* Disponível em: <www.cade.gov.br> Acesso em: 25 mai. 09.

SOBRAL, Ibrahim Acácio Espírito. O acordo de leniência: avanço ou precipitação? **Revista do IBRAC**, v. 8, n. 2, 2001, p. 132.

VALÉRIO, Marco Aurélio Gumieri. Acordo de leniência: a delação premiada como instrumento de combate ao cartel. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, ano XLV, n.143, 2006, p. 188-201.

VIEIRA, Caroline Sanselme. O primeiro acordo de leniência firmado no Brasil. **Revista de Direito Internacional e Econômico**, ano III, n. 11, 2005, p.91-98.

VILLELA, Juliana Girandelli. Aspectos relevantes do programa de leniência. **Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro**, ano XLIV, n. 139, p. 204.